

Lovligheten av USAs doktrine om "pre-emptive self-defence" etter folkeretten

Kandidatnummer: 400

Veileder: Ivar Alvik

Leveringsfrist: 25.04.06

Til sammen 14 374 ord

20.04.06

Innholdsfortegnelse

1	<i>Introduksjon</i>	3
1.1	Innledning	3
1.2	Rettskilder	6
1.3	Hensynene bak en eventuell rett til preventivt selvforsvar og doktrinen om "pre-emptive self-defence"	7
2	<i>USAs doktrine om "pre-emptive self-defence"</i>	9
3	<i>Vilkårene for preventivt selvforsvar og lovligheten av USAs doktrine om "pre-emptive self-defence"</i>	11
3.1	Armed attack occurs	12
3.1.1	The resolution on the definition of aggression	12
3.1.2	"Interceptive self-defence"	17
3.1.3	"Accumulation of events"	18
3.2	Sedvaneretten	20
3.2.1	Nærliggende trussel	20
3.2.2	Nødvendighet og proporsjonalitet	25
3.3	FN paktens forarbeider	27
3.4	Hvordan vilkårene blir tolket i praksis	28
3.4.1	Seks dagers krigen, 1967	28
3.4.2	Israels bombing av Iraks atomreaktor i 1981	30
3.4.3	Cubakrisen, 1962	32
4	<i>Har doktrinen om "pre-emptive self-defence" blitt anvendt i praksis?</i>	33
4.1	Invasjonen av Irak, 2003	33
4.2	Invasjonen av Afghanistan	38
5	<i>Konklusjon</i>	41
6	<i>Litteraturliste</i>	43

1 Introduksjon

1.1 Innledning

Retten til selvforsvar er et meget debattert område innenfor folkeretten. Spriket i oppfatningen av hva som er gjeldende rett er stor. Verken stater eller teoretikere kan enes om felles retningslinjer. En kan kanskje skille mellom det en kan kalle europeiske staters ideelle oppfatning av hvor langt retten går, og mer maktorienterte staters ønske om en utvidet rett til selvforsvar.

Utgangspunktet for selvforsvarsretten er FN paktens artikkel 51. Den oppstiller en relativt moderat regel. Selvforsvarsretten er begrenset til tilfeller hvor en stat blir utsatt for et væpnet angrep. Før FN paktens kom i 1945 var selvforsvarsretten regulert av internasjonal sedvane. Reglene stammer fra Caroline saken fra 1837. Disse reglene åpnet for selvforsvar ikke bare når et land ble angrepet, men også i tilfeller hvor en antok at et angrep var nærstående. Et av de debatterte spørsmålene er om de sedvanerettslige reglene fra 1800 tallet fortsatt gjelder ved siden av artikkel 51, og hvor langt denne sedvaneretten eventuelt strekker.

Etter 11. september 2001 utstedte amerikanske myndigheter en ny doktrine om det de kaller *"pre-emptive self-defence."* Essensen av denne doktrinen er at USA forebeholder seg retten til å angripe andre land for å sikre seg selv mot kommende angrep fra disse, og eventuelle terrorister de skjuler. Dette er en meget kontroversiell tankegang. Det er en stor utvidelse av hvordan artikkel 51 i FN paktens har blitt tolket tidligere. Det er dette jeg vil ta for meg i denne oppgaven. Jeg vil behandle spørsmålet om denne doktrinen faktisk er lovlig etter folkerettens regler om selvforsvar.

Retten til selvforsvar er en del av reglene om når en stat har rett til å bruke makt. Hovedregelen om adgangen for en stat til å bruke makt er FN paktens artikkel 2 (4).

"All members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the purpose of the United Nations."

Artikkelen oppstiller et generelt maktforbud. Denne artikkelen ble utdypet i 1970 med The Declaration on Principles of International Law. Denne stadfester for det første at ”wars of aggression” er en kriminalitet mot fred som det oppstår ansvar for under internasjonal lov. For det andre at stater ikke må bruke eller true med bruk av makt for å endre eksisterende internasjonale grenser. For det tredje at stater ikke har lov til å ty til represalier. For det fjerde at stater ikke må ta fra folk sin rett til selvbestemmelse og uavhengighet. Og for det femte at stater ikke må organisere, sette i gang, delta eller gi støtte til terrorister eller interne konflikter i en annen stat.¹ Denne deklarasjonen er ikke i seg selv bindende, men kan brukes som en faktor for å tolke FN pakten.² De viktigste unntakene til denne hovedregelen er kollektive sanksjoner godkjent av Sikkerhetsrådet i henhold til artiklene 39-42, og som nevnt retten til selvforsvar i henhold til artikkel 51 i pakten.

Den sedvanerettslige retten til preventivt selvforsvar blir som sagt ofte regnet for å ha sitt opphav fra *Caroline saken*.³ Det er denne saken som forandret retten til selvforsvar fra en politisk unnskyldning til en rettsregel.⁴ Jeg vil senere ta opp to saker, Nicaragua saken og Oljeplattform saken fra nyere tid som belyser denne retten. Tankegangen om preventivt selvforsvar ble allerede godt forklart av Emmerich De Vattel, en av 1800 tallets store folkerettstenkere:

*On Occasion, where it is impossible, or too dangerous to wait for an absolute certainty, we may justly act on a reasonable presumption. If a stranger presents his piece at me in the wood, I am not certain that he intends to kill me; but shall I, in order to be convinced of his design, allow him to fire? What reasonable casuist will deny me the right of preventing him?*⁵

Caroline saken stadfestet likevel hvilke kriterier som måtte være oppfylt for å ha en rett til antesipert selvforsvar. Sakens faktum er som følger.⁶ I 1837 var det et opprør mot de

¹ Shaw, International Law, s. 1018

² Shaw, International Law, s. 1018

³ Stanimir A. Alexandrov, Self-Defense Against the Use of Force in International Law, s. 19

⁴ Robert Y. Jennings, The Caroline and Mcleod Cases, 32 AJIL 82, 1938

⁵ Sitert fra Preemption and the Law in the 20th Century, D. Rinkin, L. Casey, M. Delaquill, CJIL, s. 467

⁶ DJ Harris Cases and Material on International Law s. 921

britiske myndighetene i Canada. 13. desember 1837 fikk de canadiske opprørerne hjelp av amerikanske borgere. De amerikanske borgerne hadde base på øya Navy Island i canadisk sjøterritorium. Herfra angrep de forbipasserende britiske skip. Fartøyet Caroline fungerte som et forsyningsskip for de kjempende. Natt til 30. desember tok britiske styrker kontroll over skipet, mens det lå i den amerikanske havnen Schlosser. De satte fyr på skipet, og lot det drive over Niagara Falls⁷. Dette var et klart tilfelle av preventivt selvforsvar. Britiske styrker gikk inn i amerikansk territorium, for å hindre at Caroline fikk levert forsyninger til opprørerne. De regnet med at opprørerne på Navy Island ville gå til flere angrep, og gikk derfor inn for å stoppe dem før de fikk gjort det.

I korrespondansen mellom de britiske og amerikanske myndighetene la den amerikanske Secretary of State Webster, ned premissene for om dette kunne ses på som en forsvarshandling. For det første må handlingen være en nødvendighet.

*”... a necessity for self-defence, instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for deliberation.”*⁸

Det må foreligge en nærhet mellom det forventede angrepet og selvforsvarshandlingen. I tillegg til dette må også handlingen være proporsjonal. Handlingen kan ikke være urimelig i forhold til konsekvensene av den. Kriteriet tillater ikke en overdreven bruk av makt. Problemet blir å vurdere hva som er en proporsjonal reaksjon mot et angrep som er forventet. Disse kriteriene i seg selv forbyr på ingen måte preventivt selvforsvar. De åpner derimot for en utstrakt bruk så lenge forsvarshandlingene er nødvendige og proporsjonale og det forestående angrepet er nærliggende.

Myndigheten i de to landene var helt enige om at dette var de generelle prinsippene som regulerte retten til selvforsvar. Det er liten tvil om at disse prinsippene var internasjonal sedvanerett på 1800 tallet og starten av 1900 tallet. Det er likevel viktig å få med seg at det på 1800 tallet var få bastante regler om selvforsvar. Caroline saken kan også sees på som et utslag av reglene om selvbevaring eller nødvendighet fra 1800 tallet.⁹ Anså en stat at dens sikkerhet var truet av en annen stat, kunne den gå til angrep på denne. Staten var selv den som tok beslutningen. Det var fortsatt lov til å gå på til

⁷ Harris, Cases and Materials on International Law, s. 921

⁸ DJ Harris Cases and Material on International Law s. 921

⁹ Brownlie, Use of Force by States

krig, og det kan vel sies at folkeretten fremdeles var lite utbygget. Reglene om "selfpreservation" og "necessity" gjelder ikke på samme måte lenger. Dette er allment akseptert. Det var få forutsigbare regler. En må huske at det på 1800 tallet ikke fantes noe forbud mot bruk av makt. Likefullt blir kriteriene nødvendighet og proporsjonalitet også brukt ved siden av artikkel 51 i dag, men innholdet av sedvanereglene er ikke nødvendigvis den samme som 1800 tallet. Disse kriteriene blir helt sentrale i min argumentasjon og jeg vil gjentatte ganger drøfte disse.

Mellom 1. og 2. verdenskrig er det få tilfeller hvor stater har hevdet at de handler i antesipert selvforsvar.¹⁰ Flere traktater ble signert som forbød noen form for antesipert selvforsvar. I 1919 ble the League of Nations dannet, forløperen til FN. I statuttene til organisasjonen var det et forsøk på å regulere adgangen til krig. Det samme ble forsøkt i "Briand-Kellog" pakten fra 1928. En rekke multinasjonale traktater ble også signert i perioden som forsøkte å forby antesipert selvforsvar. Her kan nevnes the Convention for the Definition of Aggression av 1933, the Pact of the Balkan Entente fra 1937 og the Saadaad Pact også fra 1937. Praksis mellom 1930 og 1939 viser at i tilfeller hvor stater hevdet at de handlet i selvforsvar, var det alltid som følge av et angrep eller en trussel om et angrep.¹¹

1.2 Rettskilder

I denne oppgaven er rettskilden traktat brukt gjennom blant annet FN pakten av 1945 og Wienkonvensjonen om traktater av 23. mai 1969. Den viktigste sedvanen som er brukt er sedvanen om staters rett til selvforsvar. Rettspraksis er brukt gjennom Nicaragua dommen og Oljeplattform dommen avsagt av the International Court of Justice. Statspraksis er brukt ved en rekke hendelser på området, blant annet Irak krigen, syvdagerskrigen og Afghanistan krigen. Forarbeider er brukt gjennom forarbeidene til FN pakten. Internasjonale organisasjoners praksis og vedtak er brukt gjennom resolusjoner fra sikkerhetsrådet og uttalelser fra aktører. Rettsoppfatninger er brukt gjennom en rekke bøker og artikler på området, se litteraturliste. Rimelighet og reelle hensyn er også brukt til å belyse oppgaven.

¹⁰Brownlie, Use of Force by States

¹¹ Brownlie, Use of force by states, s. 250

1.3 **Hensynene bak en eventuell rett til preventivt selvforsvar og doktrinen om "pre-emptive self-defence"**

Det første som må behandles er en foreløpig definisjon av uttrykket preventivt selvforsvar, og det eventuelle behovet for slike angrep. Med preventivt selvforsvar menes her et angrep mot en annen stat, som kommer som en reaksjon på et angrep fra den andre staten som er forventet i umiddelbar fremtid. En forventer at en stat kommer til å angripe, og den forsvarende handlingen kommer som en reaksjon på det antasiperte angrepet.

Det er flere grunner til at stater mener det er et behov for en slik rett til preventivt selvforsvar. En av dem er en følge av de teknologiske nyvinningene som har skjedd i løpet av det siste århundret. I en tid hvor raketter kan krysse store distanser i løpet av minutter, mener enkelte stater at det burde finnes en utvidet rett til selvforsvar. En burde ha en rett til å forsvare seg før en er blitt utsatt for et konvensjonelt angrep. Disse landene har ikke lyst til å sitte som et takknemlig offer og vente på at rakettene treffer dem. De vil heller ut og konfrontere fienden før han har rukket å slå til med hele sin kraft. Dette er også et spørsmål om når et angrep kan sies å være påbegynt, noe jeg vil komme inn på nedenfor.

En annen grunn er utbredelsen av global terrorisme de siste årene. Dette er et hensyn som både kan brukes til å begrunne tilfeller av preventivt selvforsvar og "pre-emptive strikes". Forskjellen mellom de to er bare på hvor tidlig tidspunkt en ser det som lovlig å handle. Stater vil ha en rett til å intervenere i andre lande for å renske opp og eliminere potensielle terroristreir. Etter 11. september 2001, terrorangrepet på World Trade Center, er denne tankegangen blitt utbredt. Hensynet er også her at en ikke vil finne seg i å sitte og vente på et terrorangrep, men ta ondet ved roten med en gang. En sikrer sin egen nasjon ved å rydde opp før katastrofen skjer. Essensen er å foreta en intervensjon i land som skjuler, eller støtter terrorisme for å ødelegge grupperingene før de kan gå til angrep selv. En vil straffe land som skjuler terrorister, samtidig som disse blir fjernet.

En tredje grunn ligger i FN systemet. I og med at FN systemet ikke har maktet å etablere en maktstyrke som kan fjerne potensielle trusler, forbeholder enkelte stater seg

retten til å gjøre det selv. Problemet er at FN ikke har klart å leve opp til manges forhåpninger. Under den ”kalde krigen” var FN systemet stort sett preget av øst-vest blokkene. Løsninger på problemer ble vanskeliggjort siden Sikkerhetsrådet sjelden kunne bli enige om noe. Enkelte stater så seg derfor nødt til å bruke sine egne maktstyrker i kriserammede deler av verden. Dette opprettholdt en slags maktbalanse mellom de to blokkene. Håpet var at etter den ”kalde krigens” slutt, og Sovjetunionens sammenbrudd, skulle FN systemet igjen ha mulighet til å nå sitt potensial. Dette håpet har ikke blitt innfridd, og enkelte stater ser nå et behov for et fungerende verdenspoliti, og har tatt på seg oppgaven. Siden FN ikke klarer å forhindre truslene, og sannsynligheten for nye angrep anses som stor, ser de på det som sin rett å forsvare seg selv. Dette er ikke bare et spørsmål om hvor langt retten til selvforsvar går, men også hvordan hele det folkerettslige system skal være i det nye århundret. Reglene om selvforsvar er også et spørsmål om hvordan en vil at det internasjonale samfunnet skal takle nye trusler på. En kan velge et forum som FN, hvor en samarbeider med andre stater for å komme frem til kollektive løsninger på problemene, eller en mer egosentrisk utvei, hvor en prioriterer sin egen stats sikkerhet.

Faren med å tillate en regel om rett til preventivt selvforsvar, er den store sjansen for at regelen blir misbrukt til å legitimere angrep. Dette så en grove eksempler på under den andre verdenskrig da Tyskland angrep Polen. Tyskland hevdet at Polen angrep først, og hevdet derfor at de handlet i selvforsvar. I ettertid har det vist seg at Tyskland fabrikkerte bevisene for at Polen angrep. Samme begrunnelsen ble brukt for å angripe Sovjetunionen.¹² Det er også en stor fare for at stater ikke bruker de diplomatiske mulighetene de har, men isteden hevder en rett til preventivt forsvar. Irak-krigen er et godt eksempel på en konflikt der diplomatiske midler kunne vært brukt bedre. Det er også vanskelig å lage klare nok regler for når en kan tillate preventive angrep. De fleste tilfeller av preventivt selvforsvar som har blitt akseptert av verdenssamfunnet, har blitt godkjent, eller i det minste ikke fordømt, i ettertid når alle fakta er kommet på bordet. Det er imidlertid problematisk å ha en regel som bare tillater preventive angrep der det i ettertid viser seg å være legitimt.

Motstandere av preventivt selvforsvar bygger gjerne sitt standpunkt på at FN skal sørge for internasjonal fred og sikkerhet, at FN er den organisasjonen som kan gi tillatelse til

¹² Preemption and the Law in the 20th Century, D. Rinkin, L. Casey, M. Delaquill, CJIL, s. 468

bruk av makt og frykten for at en rett til selvforsvar skulle bli misbrukt hvis den ble utvidet. Tilhengere av en utvidet rett til selvforsvar begrunner ofte sitt standpunkt med at det fortsatt finnes en rett til preventivt selvforsvar i sedvaneretten, *Caroline* saken og at det finnes tilfeller av preventivt selvforsvar som har blitt akseptert i praksis.

Den videre gangen i oppgaven vil bli som følger. Først vil jeg redegjøre for USAs doktrine om "pre-emptive self-defence". Så vil jeg vurdere denne doktrinen opp mot reglene om selvforsvar i folkeretten, for så å se om denne doktrinen også er blitt brukt i praksis.

2 USAs doktrine om "pre-emptive self-defence"

I 2002 laget USA en ny "National Security Strategy."¹³ Her hevdet de en rett til forkjøpsangrep som tilsynelatende ligger utenfor tidligere tolkninger av begrepet selvforsvar. Strategien er en sammenfatning av en rekke uttalelser fra de amerikanske myndighetene i perioden mellom 20. september 2001 og 1. juni 2002.¹⁴

"The United States has long maintained the option of pre-emptive actions to counter a sufficient threat to our national security. The greater the threat, the greater is the risk of inaction-and the more compelling the case for anticipatory action to defend ourselves, even if uncertainty remains as to the time and place of the enemy's attack. To forestall or prevent such hostile acts by our adversaries the United States will, if necessary, act pre-emptively."

Konseptet er at USA lenge har hevdet at det finnes en adgang til preventivt selvforsvar. Dette er ikke omdiskutert. Det nye er at de vil tilpasse denne teorien til dagens fiendebilde. I en tid hvor Bush regimet mener at terrorangrep er den største trusselen mot USAs sikkerhet, vil de utvikle teorien om preventivt selvforsvar. Faren for angrep

¹³ Harris, *Cases and Materials on International law*, s. 945

¹⁴ Thomas Franck, *What Happens Now?, The United Nations after Iraq*, AJIL 2003, s.619

er meget høy, mener de, og derfor må terskelen for når selvforsvar kan tillattes senkes. Teorien om selvforsvar må modifiseres for at en skal ha mulighet til å bekjempe slike angrep før de skjer. I den nasjonale strategien står det at en må anpasse vilkåret om en nærliggende trussel til dagens fiender og dagens teknologi.

"We must adapt the concept of imminent threat to the capabilities and objectives of today's adversaries. Rogue states and terrorist do not seek to attack us using conventional means. They know such attacks would fail. Instead they rely on acts of terror and, potentially, the use of weapons of mass destruction- weapons that can easily be concealed, delivered covertly, and used without warning."

Tanken er å utvide vilkåret på bakgrunn av dagens teknologi, og spesielt på grunn av frykten for terrorisme og hva terroristene kan gjøre hvis de fikk tilgang til masseødeleggingsvåpen.

Dette er en strategi som selv ikke USAs partner under både Afghanistan- og Irak-krigen, Storbritannia har gitt sin støtte til.¹⁵ Storbritannia anerkjenner en rett til preventivt selvforsvar, men har til nå ikke villet gå inn på i nøyaktig hvilke situasjoner denne retten gjelder. The British Foreign Secretary ga dette svaret på spørsmål om også de ville utvide retten til preventivt selvforsvar på grunn av den nye trusselen mot internasjonal sikkerhet.

*"There is already scope under international law to take into account all of the circumstances, including likelihood, nature and seriousness of any attack, in determining whether any threat is imminent .We would therefore not wish to attempt to reach consensus internationally on the precise circumstances in which military action in anticipatory self-defence may be taken by states."*¹⁶

Det er heller ingen andre land som har kommet med eksplisitt støtte til denne doktrinen. Dette kan tyde på at få stater er villige til å godta en slik utvidelse av retten til selvforsvar, og at doktrinen på ingen måte er på vei til å etablere seg som en internasjonal sedvanerett. Når det gjelder den norske holdningen til denne doktrinen

¹⁵ DJ Harris, Cases and Materials on International Law, s. 946

¹⁶ Response to the Foreign Affairs Committee's second report, DJ Harris, Cases and Materials on International Law, s. 946

tyder i hvert fall en uttalelse fra forsvarskomiteen på Stortinget på at det er en meget skeptisk holdning til denne type krigføring. ” *Det var et klart flertall for at Norge skal avstå fra deltagelse i «preventiv krigføring og forkjøpsangrep» som ikke har en klar forankring i folkeretten.* ”¹⁷

3 Vilkårene for preventivt selvforsvar og lovligheten av USAs doktrine om ”pre-emptive self-defence”

Jeg vil nå behandle doktrinen om ”pre-emptive self-defence” vurdert opp mot folkerettens regler om selvforsvar, for først å finne ut hvor langt den alminnelige retten til selvforsvar går, for så å finne ut om det finnes en rett til antisipert selvforsvar utover dette som kan godta doktrinen om ”pre-emptive self-defence”.

For å finne frem til hvor langt retten til selvforsvar kan strekkes, vil jeg først undersøke det traktatfestede lovgrunnlaget, FN paktens artikkel 51 fra 1945. Dette er hjemmelen for selvforsvar i folkeretten. Den engelske utgaven er som følger:

“Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of the right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary to maintain or restore international peace and security.”

¹⁷ Dagbladet, 8/6 2004,

3.1 Armed attack occurs

Kriteriet for at en stat skal ha en rett til å forsvare seg selv etter artikkel 51 er at den blir utsatt for et væpnet angrep, ”an armed attack occurs.” Spørsmålet er da hva dette uttrykket egentlig innebærer?

Selve ordlyden i uttrykket ”armed attack occurs” tilsier at en stat ikke kan forsvare seg før den har blitt angrepet. Essensen i et preventivt angrep er at en kommer sin motstander i forkant. En angriper før motstanderen for å hindre dennes ventede utfall. Ordlyden i artikkel 51 tilsier at angrepet må ha skjedd og forsvaret kommer som en reaksjon på dette. Retten til selvforsvar oppstår i følge en normal språklig fortolkning av artikkelen først etter at angrepet har skjedd. Den franske versjonen av artikkelen er derimot mer åpen. Oversatt til engelsk heter det ”in a case where a United Nations member is the object of armed aggression” Denne teksten kan kanskje få en til å tolke uttrykket ”væpnet angrep” utvidende, til å gjelde også i visse tilfeller av preventivt selvforsvar. Utgangspunktet er i hvert fall klart, en stat presenterer bevis for det internasjonale samfunnet om at den er angrepet, og at det er helt nødvendig for den å forsvare seg mot dette for å forhindre mer skade.

FN paktens forarbeider tar ikke stilling til uttrykket ”armed attack occurs” i det hele tatt. Det er mulig de så på dette som unødvendig, og ville la ordlyden tale for seg selv¹⁸. Det har i hvert fall ikke bidratt til en oppklaring av uttrykket.

3.1.1 The resolution on the definition of aggression

Det interessante blir da å undersøke om uttrykket ”armed attack occurs” kan tolkes utvidende. Kan et angrep sies å ha startet før et fysisk angrep i klassisk forstand er påbegynt, slik at en kan utvide en ordrett tolkning av uttrykket ”armed attack occurs”. Problemstillingen blir å få klarhet i på hvilket tidspunkt en rett til selvforsvar inntreffer, og om dette innebærer at også tilfeller av preventivt selvforsvar kan aksepteres, selv om reaksjonen kommer på et tidligere tidspunkt enn i tilfeller der den forsvarende handling kommer som følge av et klassisk angrep.

¹⁸ Brownlie, Use of force by states, s. 278

Det er i hvert fall ingen tvil om at et væpnet angrep har startet når fienden har begynt en invasjon, og skutt først, så lenge det er en hvis dimensjon over denne. Dette er akseptert av alle stater. Dette er også den enkleste måten å få avgjort om et angrep har forekommet. Den første staten som åpner skudd, er syndebukken, Artikkel 2 i Resolution on the definition of Aggression fra 1974 sier også dette.

”The first use of armed force by a State in contravention of the Charter shall constitute prima facie evidence of an act of aggression...”

Denne resolusjonen var et forsøk av FNs generalforsamling på å lage en definisjon av hva uttrykket *“aggression”* innebar. De første forsøkene på dette startet allerede rundt 1920, i perioden til the League of Nations.¹⁹ Forsøkene lykkes ikke før i 1974. Til det motsatte er bevist skal første bruk av makt være kriteriet. Det må presiseres at det ikke er noe som hindrer den staten som først skjøt, å bevise at den var den første som ble angrepet. Poenget er bare bevisspørsmålet. Den som skyter først, får bevisbyrden på seg. Artikkel 3 i samme traktat lister videre opp en rekke tilfeller som skal bli sett på som *“aggression.”* I artikkel 3(a) likestilles en invasjon med *“aggression”*. Det er viktig å få med seg at en invasjon, selv uten at skudd blir løsnet, må kunne sees på som et væpnet angrep. Så lenge en nasjon krysser grensen til en annen med store troppestyrker, uten å være invitert, må det kunne tolkes som et væpnet angrep. De fleste kan vel være enige i det, selv om det ikke er løsnet skudd. En annen situasjon som gjør at selvforsvar må tillates, er hvis fiendens styrker allerede er på en nasjons territorium. De har for eksempel fått lov å bygge en base der, men blir så bedt om å forlate landet. Gjør de ikke det, må det tillates å angripe dem først, og likevel kalle det selvforsvar. Dette er altså meget klare tilfeller av selvforsvar, siden det første skuddet helt klart er provosert frem av fienden.

Bombing, blokade og flere andre situasjoner blir videre listet opp i traktaten, men ingenting som kaster et nytt lys på når en kan si at et angrep har skjedd. Artikkel 6 i traktaten sier nemlig eksplisitt at denne traktaten verken utvider eller innskrenker retten til å bruke makt i FN pakten.

¹⁹ Alexandrov, Self-defense against the Use of force in International Law. s. 106

”Nothing in this Definition shall be construed as in any way enlarging or diminishing the scope of the Charter including its provisions concerning cases in which the use of force is lawful.”

Selvforsvar i artikkel 51 er nettopp en av de få bestemmelsene som tillater maktbruk. Traktaten om ”aggression” kan derfor ikke sees på som en regulering av tilfeller der en stat kan ansees å bli angrepet. Forarbeidene til denne traktaten viser også dette. Uttrykket ”Aggression” og uttrykket ”armed attack” er ikke sammenfallende. Det er likevel ingen tvil om at dersom en stat blir utsatt for noen av situasjonene i artikkel 3 kan det utløse en rett til selvforsvar, men denne kan ikke kalles preventiv.

Det finnes altså mange teorier om når retten til selvforsvar inntreffer. Fra den mest restriktive, der en stat må presentere bevis for at den er angrepet, at en spesifikk enhet er ansvarlig for dette angrepet, og at det fremdeles er nødvendig å forsvare seg mot dette angrepet;²⁰ til en vidtgående rett der en kan forsvare seg selv til det er oppnådd en avtale om fred.²¹ Det hersker likevel tilsynelatende konsensus internasjonalt om at en stat må ha forsøkt alle praktiske muligheter for å hindre et angrep før en kan handle i selvforsvar.²²

Spørsmålet er om et væpnet angrep kan sies å ha startet før det som er gitt i Resolution on the definition of Aggression. Kan et angrep sies å ha startet når krigsskipene er på vei mot et angivelig mål, eller når unormalt store troppstyrker er samlet utenfor grensen til land de åpenbart er fiendtlige til?

Ian Brownlie mener at det finnes tilfeller der et væpnet angrep ikke nødvendigvis trenger å innebære en ulovlig inntreden på en annen stats territorium.

*However, it is conceivable that a co-ordinated and general campaign by powerful bands of irregulars, with obvious or easily proven complicity of the government of a state from which they operate, would constitute an ”armed attack”, more especially if the object were the forcible settlement of a dispute or the acquisition of territory.*²³

²⁰ Charney, The Use of Force against Terrorism and International Law,

²¹ Dunlap, International Law and Terrorism,

²² Bowett, Self Defence in International Law, s. 53

²³ ”International Law and the Use of Force by States” revisited, Ian Brownlie, CJIL, s. 8

Han mener altså at det finnes situasjoner der et angrep kan sies å ha startet før de vanlige militære styrkene har gått til et tradisjonelt angrep. Brownlie har som oftest vært kjent for å tolke retten til selvforsvar meget restriktivt, og er ingen tilhenger av en rett til preventivt selvforsvar.

Spørsmålet blir så om det finnes grunner til at uttrykket "armed attack occurs" burde tolkes utvidende. Kan den teknologiske utviklingen etter den 2. verdenskrig tilsi dette. Oppfinnelsen av langtrekkende raketter gjør at spørsmålet om når et angrep starter blir enda vanskeligere. Det blir vanskeligere å sitte og vente på at angrepet kommer når en vet at det kan ødelegge alle muligheter for gjengjeldelse etterpå. Er det når rakettene blir avfyrt, eller er det når de har passert grensen et angrep har startet?

Når det gjelder spørsmålet om langtrekkende raketter er det vanskelig å uttale seg generelt. Dinstein mener at i et tilfelle hvor et land har avfyrt raketter mot et annet, inntreder det en rett til selvforsvar.²⁴ Han mener at så lenge rakettene er avfyrt, inntreder det en rett til selvforsvar, og en kan gå til motangrep. En kan for eksempel senke en av ubåtene til motstanderen før rakettene deres har nådd sine mål. Selv om det kan være fristende å si at et slikt angrep begynner når rakettene er avfyrt, er det en rekke betenkeligheter ved dette. Spesielt hvis det er snakk om atomraketter. Problemet er at slike raketter kan forårsake så mye ødeleggelse at hvis en svarer på et slikt angrep før en er sikker på at det er et reelt angrep kan det få helt fatale konsekvenser. En kan ikke vite med sikkerhet at angrepet er reelt, siden varslingsmekanismene for slike angrep er tilbøyelige for feil. Professor Bent Natvig ved Universitetet i Oslo har skrevet om denne problematikken.

*"Etter som tidlig varsling og evne til førsteslag kommer mer og mer inn i den strategiske diskusjon og den militære planlegging, øker også risikoen for utløsning av kjernefysisk krig på grunn av feilberegning eller feiltolkning av signal"*²⁵

Det er derfor vanskelig å rettferdiggjøre en rett til preventivt selvforsvar ved bruk av atomvåpen siden konsekvensene er så store for hele verdenssamfunnet. En snakker

²⁴ Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, s. 189

²⁵ Alfsen, Ellingsen, Natvig, Begynnelsen til slutten på atomvåpnene? s. 119

ikke lenger om et angrep begrenset til en liten del av kloden, men angrep som kan få konsekvenser for hele verden. Det må likevel sies at hvis angrepet først viser seg å være reelt, kan det ikke sies å stride mot folkeretten å svare på angrepet før rakettene har nådd sin destinasjon. Problemet er bare å bevise dette med så stor sikkerhet at en kan rettferdiggjøre et svar med atomvåpen. Spørsmålet er om dette i det hele tatt lar seg påvise før rakettene har truffet. Det er også et spørsmål om det i det hele tatt er nødvendig for stormaktene å svare på et rakettangrep før de har truffet sitt mål, fordi de har uavhengige leveringsmekanismer av atomvåpen som kan benyttes etter at et fullbyrdet atomangrep har funnet sted.²⁶ Dette blir uansett mer et bevisproblem, noe som er en av de problematiske tingene ved å tillate preventivt selvforsvar.

Dette viser likevel at det essensielle ikke er hvem som skyter først, men hvem som har startet noe som ikke kan reverseres. Eller som Dinstein sier

*"The crucial question is who embarks upon an irreversible course of action, thereby crossing the rubicon."*²⁷

Hvis en kan finne situasjoner der det med sikkerhet er for sent for fienden og snu, burde en ligge innenfor retten til selvforsvar, og også innenfor en utvidet definisjon av "armed attack".

Problemstillingen blir så om doktrinen om "pre-emptive self-defence" ligger innenfor en slik situasjon? I forhold til kriteriet om "armed attack occurs" virker doktrinen å ligge et stykke utenfor selv en vid tolkning av dette uttrykket. Det står skrevet i den nasjonale strategien at selv om det hersker tvil om både tid og sted for fiendens angrep, har USA en rett til å reagere preventivt.

*"...even if uncertainty remains as to the time and place of the enemy's attack."*²⁸

Her forebeholder de seg en rett til å angripe selv om de ikke vet når angrepet kommer, hvor det kommer, og om det kommer til å skje i det hele tatt. Det er en tankegang om at det er bedre å fjerne sine potensielle fiender, selv om de ikke vet hva deres planer er for

²⁶ Alfsen, Ellingsen, Natvig, Begynnelsen til slutten på atomvåpnene?

²⁷ Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, s. 190

²⁸ US National Security Strategy, 2002

fremtiden, og om de i det hele tatt har tenkt å aksjonere. En bygger sitt angrep på meget usikre kilder, noe som er vanskelig å kunne fortolke inn under FN paktens artikkel 51 sitt krav om at et *"armed attack occurs"*, selv med en svært utvidende tolkning av bestemmelsen. Doktrinen passer på ingen måte inn i artikkel 51 sin definisjon av selvforsvarsretten.

3.1.2 "Interceptive self-defence"

Yoram Dinstein mener at artikkel 51 i utgangspunktet begrenser seg til gjengjeldelse av et angrep.

*"At bottom, self-defence consistent with article 51 implies resort to counter-force, it comes in reaction to the use of force by the other party."*²⁹

Dette er utgangspunktet hans, selv om han er en tilhenger av preventivt selvforsvar, og har utarbeidet sin egen teori rundt emnet. I motsetning til antasipert selvforsvar har han en teori om noe han kaller *"interceptive self-defence"*, som han mener er lovlig etter artikkel 51³⁰ Et slikt angrep begrenser seg til tilfeller der det er nærliggende og praktisk talt umulig å unngå et angrep. Eksemplet hans er hvis den japanske flåten hadde blitt senket på vei til Pearl Harbor. En bombing av denne flåtegruppen, før den fikk angrepet den amerikanske flåtebasen på Pearl Harbor. Dette mener han ville utgjort en slik type selvforsvar og lovlig etter artikkel 51. Antonio Cassese er ingen tilhenger av disse kriteriene.

*"It propounds a criterion that is no less loose and subjective than the ones suggested by the proponents of the broadening of self-defence to anticipatory self-defence: how can one distinguish on the spot and in the heat of action between interceptive and anticipatory self-defence?"*³¹

Poenget er vel at hvis de amerikanske styrkene hadde angrepet den japanske flåtegruppen før den fikk satt i gang angrepet sitt, så hadde dette sannsynligvis kunne blitt godtatt som et tilfelle av lovlig preventivt selvforsvar. Problemene med Dinstains

²⁹ Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, s. 185

³⁰ Dinstein, War, Aggression and Self-Defence, s. 190

³¹ Cassese, International Law, s. 309

teori om "interceptive self-defence" er at den ikke gjør det noe lettere å avgjøre på forhånd om et angrep i selvforsvar er lovlig eller ikke i forhold til de kriteriene en bruker for å avgjøre om noe er et tilfelle av lovlig preventivt selvforsvar.

Heller ikke Yoram Dinstains teori om "*interceptive self-defence*" kan godta doktrinen om "pre-emptive self-defence". Til det mangler doktrinen Dinstains krav om nærhet til det forestående angrepet. Det er liten tvil om at USAs doktrine åpner for angrep på et langt tidligere tidspunkt en der hvor det er praktisk talt umulig å unngå et angrep.

3.1.3 "Accumulation of events"

Spørsmålet er så om det finnes måter å få utvidet uttrykket "*armed attack occurs*"? Kan andre teorier om uttrykket bidra til kaste lys på hvilke vilkår som må være oppfylt for å tillate preventivt selvforsvar?

Teorien om "*accumulation of events*" er en teori som både Israel, USA, Storbritannia og Sør Afrika er tilhengere av og følger i praksis.³² Tankegangen er at flere små angrep, som i seg selv kanskje ikke utgjør et væpnet angrep kan legges sammen og regnes som et stort et. De nevnte statene mener da at det er lovlig å utføre et motangrep. Dette vil i følge disse statene da være et tilfelle av selvforsvar som passer inn under artikkel 51 i FN pakten, og ikke en ulovlig represalie. Motangrepet kan heller ikke sees på som et tilfelle av preventivt selvforsvar, hevder de, men som et angrep som fortsatt pågår. Siden angrepet fortsatt pågår, må det falle inn under uttrykket "*armed attack occurs*." Denne teorien er spesielt fristende for Israel siden landet sliter med konstante gerilja angrep fra palestinsk territorium. Israel anser da at de har en rett til å summere opp disse angrepene til ett stort, og svare med samme mynt. Dette er også en fristende teori siden represalier ikke lenger er lov etter FN pakten. Sikkerhetsrådet har flere ganger fordømt represalier, som inkompatibelt med meningen og prinsippene i FN pakten, for eksempel i Fort Harib saken.³³ Faktum i saken var at i 1963 og 64 var det en rekke små angrep fra Yemen mot britisk styrte Sør-Arabia. 28. mars 1964 bombet britiske fly Fort Harib i Yemen. Den britiske begrunnelsen for angrepet var at det var et tilfelle av selvforsvar mot de tidligere angrepene.

³² Harris, Cases and Materials on International Law, s. 932

³³ 1111th meeting, 9 april.

Istedenfor å kalle angrepet en represalie, men et lovlig tilfelle av selvforsvar, kan teorien brukes til å bortforklare handlinger som egentlig er ulovlig. Dette gjør at det er vanskelig å skille mellom represalier og ”*accumulation of events*” teorien siden hensikten med handlingen er å straffe den andre siden for sin bruk av makt, og avskrekke denne fra å bruke makt i fremtiden.³⁴ Selvforsvar og represalier kan begge klassifiseres under kategorien selvhjelp under folkeretten. Forskjellen mellom represalier og selvforsvar er at represalier har en straffende karakter, mener den internasjonale lovkommisjonen.³⁵ Det er likevel ingen som vil hevde at tilfeller av selvforsvar ikke kan fremstå som et angrep. Det blir en proporsjonalitetsbetraktning. En kan bare svare på et angrep med midler som er proporsjonale i forhold til angrepet. I følge Bowett har Sikkerhetsrådet i en rekke tilfeller slått ned på utslagene av denne teorien.³⁶ Han mener selv at dette er en legitim teori.

*”But if one broadens the context and looks at the whole situation between these two states, cannot it be said that the destruction of the guerilla bases represents a proper, proportionate means of defence- for the security of the state is involved- against future and (given the whole context of past activities) certain attacks?”*³⁷

Han mener videre at en må undersøke forholdene mellom landene gjennom lengre tid for å finne ut om et angrep har vært legitimt. En kan ikke vurdere et angrep ut i fra seg selv og effekten det har, men må se på hele den tidligere historien. Spesielt ved tilfeller av gerilja-angrep er dette en bedre løsning en det urealistiske FN systemet per i dag, mener han. Represalier kan sies å ha skiftet fra å ha en straffende effekt, til å ha en advarende. En måte å si at angriper du oss, får dere svi. Bowett mener at det er tilfeller av represalier som har blitt akseptert av det internasjonale samfunnet, selv om det ikke er lovlig. Han mener en kan operere med et nytt skille mellom selvforsvar og represalier.

³⁴ Alexandrov, self-defense against the Use of force in International Law. s. 166

³⁵ Report of the International Law Commission, 32 sesjon, 1980 2 Yearbook of the International Law Commission 1, 53-54.

³⁶ Harris, Cases and Materials on International Law, Bowett, Reprisals involving recourse to armed force, s. 938

³⁷ Harris, Cases and Materials on International Law, Bowett, Reprisals involving recourse to armed force, s. 937

”...it may be that the more relevant distinction today is not between self-defence and reprisals but between reprisals which are likely to be condemned and those which, because they satisfy some concept of “reasonableness,” are not.”³⁸

Det at represalier ikke er tillatt etter folkeretten, men at enkelte tilfeller likevel blir godtatt, kan tyde på at retten til selvforsvar i enkelte tilfeller kan tolkes utvidende til å også innebefatte enkelte situasjoner som grenser over i represalier eller preventivt selvforsvar. Dette blir et spørsmål om angrepet i ettertid blir fordømt internasjonalt, eller om det blir akseptert som rettmessig.

Heller ikke denne teorien åpner for doktrinen om “pre-emptive self-defence”. I “*accumulation of events*” teorien er det snakk om en respons mot flere små angrep. Der summerer en altså de små angrepene til å bli ett stort, og svarer på dette. Det er ikke det den amerikanske doktrinen går ut på. Den går ut på at en angriper mot en trussel som så vidt har manifestert seg.

3.2 Sedvaneretten

3.2.1 Nærliggende trussel

En viktig problemstilling er om artikkel 51 utelukker den tidligere sedvaneretten med basis i den ovennevnte *Caroline*-saken? Uttrykket som er det essensielle i denne sammenheng, er hva en iboende rett til selvforsvar betyr. Spørsmålet er om dette uttrykket henviser til tidligere sedvanerett før FN pakten, nemlig kriteriene som ble utmeislet av *Caroline* saken. Dette uttrykket ble drøftet i *Nicaragua* saken.

I 1979 ble den høyreorienterte Somoza-regjeringen i Nicaragua byttet ut med den venstrevridde Sandinist-regjeringen. President Reagan stoppet i 1981 all støtte til landet siden de hadde hjulpet geriljastyrker i El Salvador. Nicaragua hevdet at USA i tillegg hadde brutt internasjonal sedvanerett i sin omgang med landet. USA hadde blant annet lagt miner i Nicaraguansk farvann, støttet Contras styrker mot Sandinist-regjeringen og

³⁸ Bowett, reprisals involving recourse to armed force, Harris, Cases and Materials on International Law, s. 937

brutt en traktat om vennskap mellom de to landene. The International Court of Justice fant ut at de hadde jurisdiksjon over de sedvanemessige problemstillingene.

ICJ uttalte i Nicaragua saken: *“The court therefore finds that Article 51 of the Charter is only meaningful on the basis that there is a ”natural” or ”inherent” right of self-defence, and it is hard to see how this can be other than of a customary nature, even if its present content has been confirmed and influenced by the Charter.”.*

Videre konstaterer retten at hva som utgjør et “væpnet angrep” ikke er regulert av pakten, men av sedvaneretten. De nevner også kriteriene om nødvendighet og proporsjonalitet som de også mener fremdeles er med på å regulere retten til selvforsvar. Om artikkel 51 sier retten:

“It does not contain any specific rule whereby self-defence would warrant only measures which are proportional to the armed attack and necessary to respond to it, a rule well established in customary international law. Moreover, a definition of the “armed attack” which, if found to exist, authorizes the exercise of the “inherent right” of self-defence, is not provided in the Charter, and is not part of treaty law.”

ICJ mener videre at for å ha en rett til selvforsvar må en stat være utsatt for et væpnet angrep. *“In the case of individual self-defence, the exercise of this right is subject to the State concerned having been the victim of an armed attack.”* Den tar videre stilling til en situasjon som den mener utgjør et “væpnet angrep.”

”In particular, it may be considered to be agreed that an armed attack must be understood as including not merely action by regular armed forces across an international border, but also ”the sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount” (inter alia) an actual armed attack conducted by regular forces,” or its substantial involvement therein.”³⁹

³⁹ Nicaragua saken, para 195

Også innad i ICJ var det forskjellige meninger om hvor langt retten til selvforsvar skulle gå. En av de dissenterende dommerne Sir Robert Jennings hadde dette å si om dommen.

“The original scheme of the United Nations Charter, whereby force would be deployed by the United Nations itself, in accordance with the provisions of Chapter 7 of the Charter, has never come into effect. Therefore, an essential element in the Charter design is totally missing. In this situation it seems dangerous to define unnecessarily strictly the conditions for lawful self-defence, so as to leave a large area where both forcible response to force is forbidden, and yet the United Nations employment, which was intended to fill the gap, is absent.”

Standpunktet om at det også gjelder en rekke sedvanemessige kriterier ved siden av artikkel 51, blir også fremhevet i *Oljeplattform* saken. Faktum i saken var følgende: Under Iran-Irak krigen ble en rekke handelsskip angrepet i den persiske gulf. Dette førte til at USA stilte opp med militær eskorte av disse skipene. I oktober 1987 ble et kuwaitisk tankskip truffet av en rakett, og i april 1988 ble et amerikansk krigsskip skadet av en mine. Et par dager etter denne hendelsen angrep amerikanske styrker iranske oljeplattformer, i noe de hevdet var selvforsvar. USA fikk ikke medhold i at angrepet var et tilfelle av selvforsvar. Retten nevner den tidligere avgjørelsen i *Nicaragua*-saken og sier også at både kriteriet om proporsjonalitet og nødvendighet hentet fra internasjonal sedvane må brukes for å løse saken.⁴⁰

Dette viser at det er en sedvaneregel parallelt med artikkel 51. Det interessante blir så å finne ut hva denne regelen innebærer. Er det samme regelen som artikkel 51, eller er det fortsatt Caroline doktrinen som gjelder? Det som er helt klart, er at det ved siden av artikkel 51 gjelder en regel om at den forsvarende handlingen må være både proporsjonal og nødvendig. Dette vil jeg snart komme tilbake til.

ICJ tok i *Nicaragua* saken ikke stilling til om folkeretten tillater preventivt selvforsvar, eller som de kaller det *“the issue of the lawfulness of a response to the imminent threat of armed attack”*. For ICJ er derfor *“imminent threat”* et helt nødvendig vilkår for preventivt selvforsvar.

⁴⁰ Harris, *Cases and Materials on International Law*, s. 925

En stat er ikke under en *"imminent threat"* hvis ikke angrepet er ventet i nærmeste fremtid. I uttrykket *"imminent threat"* ligger det at trusselen må være så nærliggende at ingen andre muligheter for å avverge angrepet lenger er tilstede. Doktrinen om *"pre-emptive self-defence"* ligger derfor også utenfor kravet om *"imminent threat."* USAs doktrine går ut på å angripe på et mye tidligere tidspunkt. Lenge før et angrep med sikkerhet kan forutsies. USA hevder at reglene må forandres på grunn av dagens teknologiske nyvinninger. *"We must adapt the concept of imminent threat to the capabilities and objectives of today's adversaries."* De nye fiendene til USA bruker ikke konvensjonelle våpen. Terrorangrep er ikke som et konvensjonelt angrep hvor et lands styrker angriper det andre landets styrker. Angrepene foregår i det skjulte, er ofte rettet mot sivile, og de tar i bruk våpen og midler det er vanskelig å forsvare seg mot. Terrorangrep kjennetegnes ved at en bruker midler som på ingen måte er lov etter reglene om krigens folkerett. Selv om en ikke er sikker på når angrepet kommer, må det gis en rett til å handle preventivt for å styrke USAs sikkerhet. Derfor mener de at kravet til nærliggende trussel må utvides. En må komme potensielle terrorister og andre truende fraksjoner i forkjøp. Det blir et spørsmål om hvilke hensyn en skal prioritere. En kan prioritere en form for falsk sikkerhet der USA angriper terrorister rundt om i verden, i den tro, at dette fører til mindre terrorisme på bekostningen av rettssikkerheten til alle de USA til enhver tid utpeker som terrorister. Eller en kan holde seg til vilkåret om *"imminent threat"* som i det minste krever at en med sikkerhet vet at et angrep er nærliggende. Det er ingen tvil om at skulle hele verden fulgt USAs eksempel, ville det blitt et stort rom for helt vilkårlige angrep, som kunne forsvares gjennom denne doktrinen. Det tror jeg heller ikke USA ville sett seg tjent med. En rekke land kunne snudd situasjonen på hodet og angrepet USA med USAs egen hjemmel. Richard Gardner er en sterk motstander av doktrinen om *"pre-emptive self-defence"*. Han mener at doktrinen verken utgjør god politikk, eller god lov.⁴¹

"The Bush doctrine, if it is intended to assert a new right available to the United States alone, is obviously unacceptable. If it's intended to assert a new legal principle of general application, its implications are so ominous as to justify universal condemnation."

⁴¹ McGoldrick, From 9-11 to the "Iraq War", s. 71

Dette er et meget godt poeng. I en verden hvor alle land tillot seg en rett til å angripe, som ligger utenfor vilkårene til preventivt selvforsvar, ville rettssituasjonen bli meget uoversiktlig. Det ville nærmest blitt middelaldertilstander, hvor alle potensielle farer ville gi en rett til selvforsvar. Det er vanskelig å tro at USA ville godta en slik rett for andre land. Det ville kunne ha ført til at andre land kunne ha angrepet USA med samme begrunnelse som USA bruker for å angripe disse landene. Dominic McGoldrick mener at Irak faktisk kunne ha brukt USAs doktrine om preventivt selvforsvar til å begrunne et angrep på USA selv.⁴² Faktum er at hadde denne doktrinen vært folkerett, kunne den brukes til å begrunne angrep i en rekke av verdens konfliktområder. Særlig alvorlig kunne dette vært i konflikten mellom India og Pakistan, som begge er atomvåpenstater. Irans forsvarsminister Ali Shamkani har også signalisert at Iran vil kunne ty til forkjøpsangrep for å hindre et angrep på sine atomanlegg. I et intervju med TV-stasjonen Al Jazeera sa han at militære ledere i Iran er overbevist om at preventive operasjoner som amerikanerne taler om, ikke er amerikanernes monopol.⁴³ Doktrinen bidrar ikke til å dempe konflikter, men til å eskalere dem. Den bidrar til at verdenssamfunnet blir lovløst. Eller som tidligere vise-president i USA, Al Gore sier:

*“What this doctrine does is destroy the goal of a world in which states consider themselves subject to law, particularly in the matter of standards for the use of violence. That concept would be replaced by the notion that there is no law but the discretion of the President of the United States.”*⁴⁴

Thomas Franck mener at den nye doktrinens mål er forhindre all kollektiv kontroll av USAs bruk av makt, ”...it aims at ending all collective control over the U.S recourse to force.” Det er nettopp her et av problemene med doktrinen ligger. De siste to hundre årene har folkeretten utviklet seg gradvis til å forby de fleste former for maktbruk. USAs doktrine bidrar til en usikker rettstilstand der alt er lov. Istedenfor å bidra til en stabil verden vil utstrakt bruk av en slik doktrine destabilisere regioner som allerede er i opprør. Han mener videre at USA i hovedsak bruker FN til å blokkere initiativ fra andre land i Sikkerhetsrådet, som strider mot amerikanske interesser.⁴⁵ Det fortøner seg ikke lenger som om USA bryr seg om deres traktatmessige forankring til FN

⁴² McGoldrick, From 9-11 to the “Iraq War, s. 76

⁴³ Dagsavisen, 22/8 2004

⁴⁴ Al Gore, Against a Doctrine of Pre-Emptive War, Iraq war reader

⁴⁵ Thomas Franck, What Happens Now?, The United Nations after Iraq, AJIL 2003, s. 617

pakten lenger. USA virker kun villige til å bruke FN systemet i saker der det kan gagne amerikanske interesser. I saker der FN systemet blokkerer disse interessene vil USA istedenfor kjøre sitt eget løp.

3.2.2 Nødvendighet og proporsjonalitet

Proporsjonalitetskriteriet ved tilfeller av alminnelig selvforsvar tilsier at den forsvarende handlingen må begrense seg til handlinger som har til hensikt å forsvare seg mot det kommende angrepet.⁴⁶ En kan ikke angripe et helt annet sted, en må nøye seg med forsvarende handlinger som motvirker et angrep. Dette betyr ikke at en ikke kan invadere en annen stat for å hindre et ventet angrep. Under Operasjon Ørkenstorm i 1991 angrep koalisjonsstyrkene f. eks. både Irak og Kuwait, selv om det utvilsomt var Kuwait som var okkupert. Det må likevel være rom for å angripe bredt ut fra militære hensyn. Judge Higgins hadde en dissenterende oppfatning av hvordan proporsjonalitetskriteriet skal tolkes i saken om *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*. Tanken er at en ikke skal fokusere på angrepet i seg selv, og spørre seg hva som er et proporsjonalt svar. I stedet skal en spørre seg hva som er proporsjonalt for å tilbakevise angrepet.⁴⁷ Dette kan ofte være kraftigere midler en ved den første tankegangen.

Det essensielle med proporsjonalitetskravet i preventivt selvforsvar er at det står i forhold til den forventede trusselen som legitimerer forsvaret. En stats tidligere anliggender kan være en pekepinn på dette. Har det vært angrep eller trusler, kan dette brukes som bakgrunn for å vurdere hva som kan tillates. Også her må den forsvarende handlingen begrense seg til å demme opp for det ventede angrepet, og ikke mer. Størrelsen på den forsvarende handlingen må bestemmes av størrelsen på det ventede angrepet. En må derfor søke å begrense både tidsaspektet og den geografiske omfatningen av den forsvarende handlingen. Dette er teorien. I praksis har det ikke vært så mange tilfeller der stater har hevdet at de har handlet i preventivt selvforsvar. Det er i hvert fall unison enighet om at tilfeller av preventivt selvforsvar må være proporsjonale, uansett hvordan de blir begrunnet rettslig. 21 august 1998 angrep USA

⁴⁶ Judith Gardam, *Necessity, Proportionality and the Use of force by States*, s. 163, O'Connell, *The Influence of law on Sea Power*, s. 65

⁴⁷ Judge Higgins, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*,

en opplæringsbase for Al Qaida i Afghanistan, og et farmasøytisk kompleks i Sudan. Fabrikken viste seg senere å ikke ha noen sammenheng med Osama Bin Laden og det produserte heller ikke kjemiske våpen, som USA først hevdet.⁴⁸ De hadde store problemer med å begrunne at dette var proporsjonalt i forhold til angrepet fra Al Qaida, som hadde bombet flere ambassader i Øst Afrika.⁴⁹ Tilfeller der proporsjonalitetskriteriet ikke har vært overholdt, har ofte blitt stemplet som represalier. I 1972, da Israel gikk inn i Libanon sa den argentinske representanten i Sikkerhetsrådet dette:

*”Proportion has not been respected, either in terms of the scale of the action or even in terms of duration. Faced with this situation, we must conclude that the events described in the complaint are in the nature of a punitive expedition, and these acts, as well as preventive war, are completely incompatible with the purposes, principles and tenets of the Charter.”*⁵⁰

Doktrinen om *”pre-emptive self-defence”* neglisjerer også fullstendig vilkåret om proporsjonalitet. Det vil være vanskelig for USA å vurdere hva slags angrep som er proporsjonalt, siden de forebeholder seg retten til å angripe så tidlig at en ikke vet hva slags angrep som er ventet. En må i så fall vurdere den reelle trusselen, og anpasse sitt angrep ut i fra det. Dette vil bli et meget usikkert kriterium å forholde seg til. Det blir helt umulig å forutse hvor mye makt en skal bruke, og dette vil sannsynligvis gå ut over sivilbefolkningen i landene USA har utpekt til hovedfiender. Det er ingen fornuft i at USA skal ha en rett til å rydde opp og skape kaos i andre land når de ikke en gang kan forutse starten på et angrep mot USA. Fjerner en vilkåret om proporsjonalitet i reglene om preventivt selvforsvar, vil fornuften i regelverket forsvinne. Poenget med reglene er at en er sikker på at et angrep er ventet, og svarer på dette angrepet med tilnærmet lik kraft som det ventede angrepet for å demme opp for dette. Det som er viktig er at en ikke kan angripe før en har indikasjoner på størrelsen av det ventede angrepet. Tilfeller av selvforsvar som er proporsjonale med et ventet angrep vil som regel bli oppfattet som rettferdig, men tilfeller der det er umulig å påvise hva som vil være proporsjonalt vanskelig kan godtas. En slik utvidelse av reglene vil føre til uoversiktlige følger. Det vil igjen føre til et stort tilbakeskritt for målet om et verdenssamfunn der det er FN som

⁴⁸ DJ Harris, Cases and Materials on International Law. S 946

⁴⁹ Judith Gardam, Necessity, Proportionality and the Use of force by States, s. 180

⁵⁰ UN SCOR, s. 3 (1407th meeting, 1968)

står for sanksjoner og maktbruk mot stater som ikke vil innrette seg etter verdenssamfunnets normer. Det kan virke som USA her har laget en doktrine som passer veldig bra for en rolle som verdenspoliti, uten å ha tenkt på følgene av at en slik doktrine skulle bli ansett som folkerett. Det virker som tankegangen er at USA er best skikket til å vurdere hva slags maktbruk som skal tolereres, og at denne doktrinen derfor bare skal gjelde for USA og deres allierte.

3.3 FN paktens forarbeider

Problemet med FN paktens forarbeider er at disse ikke tar noen stilling til om artikkel 51 skulle gjelde ved siden av 1800 tallets sedvanerett. Det er faktisk ingen gjennomgang av begrepet selvforsvar i det hele tatt. Artikkel 51 var ikke i det originale forslaget fra Dumbarton Oaks. Det ble tatt inn for å være på linje med i første rekke the Act of Chapultepec av 1945 og the Defence Pact of the Arab League, og dets regler om kollektivt selvforsvar. Siden bruk av makt var underlagt en vetorett, jamfør artikkel 2 (4), hersket det tvil om forholdet til disse regionale traktatene som tillot kollektivt selvforsvar. Problemet ble da at artikkel 51 av flere delegater ble sett på som en artikkel om kollektivt selvforsvar i regionale sammenhenger.

Dette førte til at enkelte hevder at artikkel 51 bare ble tatt inn i paktens for å legitimere at regionale organisasjoner har rett til å forsvare seg kollektivt. Artikkel 51 er derfor ikke representativ for reglene om selvforsvar slik de var i 1945. Det en glemmer da, er at artikkel 2 (4) totalt forbyr all bruk av makt. Den norske delegaten sa om artikkel 2 (4): *"it should be made very clear...that this paragraph did not contemplate any use of force, outside of the action by the Organization, going beyond individual or collective self-defence."* Artikkel 51 var eneste unntak i følge denne tolkningen. Det finnes imidlertid uttalelser som er vanskelig å tolke. Komité 1 i kommisjon 1 uttalte: *"the use of force in legitimate self-defense remains admitted and unimpaired."* Enkelte mener at dette er en referanse til den tidligere retten til selvforsvar, Caroline saken.

Det må også nevnes at en ikke kan legge for stor vekt på forarbeider til traktater. Dette er på grunn av suverenitetsprinsippet. Deltakerne i paktens forarbeider har skrevet under på traktatteksten, ikke forarbeidene. Det ville derfor være unaturlig at disse skulle tillegges

stor vekt, og som en ser i dette tilfellet, er det litt vilkårlig hva som er behandlet. Det er likevel ingenting i veien for å bruke disse forarbeidene som et tolkningsmoment, men hvilken vei de skal tolkes er vanskelig å si.

3.4 Hvordan vilkårene blir tolket i praksis

Spørsmålet er så om preventivt selvforsvar har blitt akseptert i praksis? Det har vært flere tilfeller i statspraksis av hendelser som kan kalles preventivt selvforsvar. Det interessante er om dette har blitt akseptert som lovlig av andre stater, eller om de har kritisert og fordømt bruken av makt? Har det blitt godkjent som lovlig selvforsvar eller ulovlig aggresjon? Siden folkerettslig sedvane i stor grad påvirkes av statspraksis, kan praksisen peke på hvor grensene går. Praksisen må i så fall ha vart over en viss tid for å kunne si at det har dannet seg en sedvaneregel. Staten som utøver den, må også være overbevist om at den handler i tråd med folkeretten (*opinio juris*). Siden det er FN pakten som regulerer retten til selvforsvar, er det viktig å se hvilke reaksjoner Sikkerhetsrådet og FNs generalforsamling har kommet med på situasjoner som definitivt er i grenseland for hva som kan aksepteres etter en språklig fortolkning av artikkel 51. Det er Sikkerhetsrådet som til syvende og sist tar avgjørelsen om et angrep etter artikkel 51 har inntruffet, eller om det var nærliggende at dette kom til å skje, og på den måten avgjør om et preventivt selvforsvar er lovlig.

3.4.1 Seks dagers krigen, 1967

18. mai 1967 ba Egypt FN om å fjerne "the United Nations Emergency Force" som hadde fungert som en sperre mellom de to landene i Sinai-ørkenen siden krigen i 1956.⁵¹ 29. mai 1967 klaget Israel the United Arab Republic (UAR) inn for Sikkerhetsrådet. United Arab Republic var en koalisjon mellom Egypt og Syria stiftet i 1921. Israel uttrykte bekymring for at det ble mobilisert en hær på Sinai halvøya, og at den egyptiske presidenten Nasser hadde truet med å blande seg inn i ferdselen gjennom Tiran stredet. Egypt beskyldte Israel, i sin motanklage, for å bryte FN pakten og våpenhvilen mellom de to landene. Noen dager senere klaget UAR til Sikkerhetsrådet

⁵¹ A/6669

på at Israel hadde plassert store troppestyrker i nærheten av den syriske grensen, og fryktet et snarlig angrep.

5. juni 1967 bombet israelske fly koalisjonens styrker. De hevdet at de handlet i preventivt selvforsvar siden det ikke var noen tvil om det foranstående angrepet fra UAR. Andre stater mente at siden Israel angrep først, var det en klar indikasjon på at Israel var den som brøt folkeretten. Ingen andre stater enn Israel gikk inn og diskuterte om dette var et tilfelle av lovlig preventivt selvforsvar, selv om mange stater støttet Israels angrep. Sikkerhetsrådet avsa en resolusjon om at alle parter skulle trekke seg tilbake, men avsa ingen dom over konflikten.

Det er viktig å se hvordan stemmegivningen var i de forskjellige fora i FN. En sovjetisk resolusjon om fordømmelse av Israel og et krav om å gi tilbake alt territoriet fikk bare 4 av 15 stemmer i rådet, et forslag om at Israel skulle trekke seg tilbake fikk kun 6 stemmer.⁵² I Generalforsamlingen fikk bare en resolusjon om humanitær hjelp, og en om at Israel skulle trekke seg ut av Øst-Jerusalem de to tredjedels flertall som var kravet.⁵³ I november 1967 ble det avsagt en enstemmig resolusjon i Sikkerhetsrådet. Den sa at det ikke var lov å tilegne seg territorium ved hjelp av krig. Israel skulle trekke ut troppene sine mot "the termination of all claims or states of belligerency." UAR ble også henstilt til å respektere Israels rett til å leve i fred innen sikre og annerkjente grenser.⁵⁴

I teorien er det ikke enighet om hvordan denne episoden skal tolkes. Professor Malcom Shaw mener at "*the United Nations... apportioned no blame for the outbreak of fighting and did not condemn the exercise of self-defence by Israel.*" Thomas M. Franck mener at "*most states, on the basis of evidence available to them,.. conclude that such an armed attack was imminent...*" Stanimir Alexandrov mener imidlertid at "*even though there was no condemnation of the Israel for launching the airstrikes, it was clear that Israel's claim of anticipatory self-defence found little support.*"

⁵² U.N.Y.B 179, 190 1967

⁵³ G.A.res 2253 og 2252. 22

⁵⁴ S. Res 242.

Denne situasjonen passer likevel godt inn i Caroline doktrinen. Israel anså det som meget sannsynlig at et angrep var nærliggende (*"imminent"*). De følte det nødvendig å gå til angrep før UAR koalisjonens styrker fikk et strategisk overtak. Det faktum at UAR hadde bedt om at FN styrkene skulle bli fjernet og straks rykket inn i tomrommet etter dem, er en klar indikasjon på det kommende angrepet.⁵⁵ Proporsjonalitetskriteriet er også overholdt. Israel angrep den flystyrken de anså at kom til å angripe dem. Store deler av det internasjonale samfunnet anså at Israel hadde en rett til dette angrepet. Selv om ingen stater eksplisitt gikk inn og drøftet om preventivt selvforsvar var lovlig, fordømte de heller ikke en situasjon som klart ligger innenfor dette begrepet. Det synes ikke urimelig å hevde at dette angrepet kan ansees som et tilfelle av preventivt selvforsvar, og må derfor kunne tolkes som et utslag av en slik rett siden det ble allment akseptert. Dette tyder på at artikkel 51 i enkelte tilfeller kan tolkes utvidene.

Dette tilfellet peker derimot ikke i retning av at USAs doktrine er lovlig. I dette tilfellet er jo nettopp kravet om *"imminent threat"* overholdt.

3.4.2 Israels bombing av Iraks atomreaktor i 1981

I 1981 bombet Israel Iraks eneste atomreaktor. De hevdet spesifikt at dette var antesipert selvforsvar på basis av artikkel 51 i FN pakten. Israel hevdet at de hadde blitt tvunget til å forsvare seg selv mot konstruksjonen av en atombombe i Irak, siden Irak på ingen måte ville ha hatt noen kvaler med å bruke denne mot Israel. Israel mente at Iraks kjøp av uran tydet på våpenproduksjon, og ikke fredelig energiproduksjon. Irak sa på sin side at reaktorene var registrert ved the International Atomic Energy Agency (IAEA), og underlagt inspeksjoner fra dette byrået. De hadde aldri overtrådt disse reglene. Irak anførte også at de var medlem av The treaty for Non-Proliferation of Nuclear Weapons av 1968. Israel mente at det var for lett å lure IAEA inspektørene, og så det derfor som nødvendig å angripe.

Andre staters reaksjon på bombingene var derimot svært negativ. I Sikkerhetsrådets resolusjon nummer 487 av 19. juni 1981 anerkjente rådet Iraks rett til å bygge opp et

⁵⁵ 1967 U.N.Y.B. 166.

fredelig atomkraftverk og henstilte Israel om å tillate IAEA å få undersøke deres atomreaktorer. Resolusjonen fordømte også angrepet. Den var ikke enstemming. 13 november 1981 kom FNs General Assembly med en enda sterkere uttalelse. Med 109 stemmer i favør, 34 som avsto, og bare 2, Israel og USA i mot, advarte den Israel mot gjentagelser av slike handlinger.

Dette er et klart tilfelle av et angrep som ikke har blitt godtatt som selvforsvar. Tankegangen bak angrepet ligger veldig nærme tankegangen bak doktrinen om "pre-emptive self-defence". Israel hevdet at det forelå en nærliggende trussel om bruk av atomvåpen mot seg, og responderte med et angrep. Faktum var at uansett hvordan en ser på Iraks hensikt med byggingen av et slikt anlegg, var det enda lenge til reaktoren kunne lage nok uran til å produsere atomvåpen. Det faktum at Israel, en stat som sto utenfor IAEOs system prøvde å diktere Irak, som faktisk var medlem og hadde underlagt seg inspeksjoner av nevnte organ, gikk ikke hjem i verdenssamfunnet. Israel klarte ikke i dette tilfelle å presentere gode nok bevis for den eventuelle trusselen. Det er vel essensen av regelen. Klarer enn ikke stille med tilfredstillende bevis for at en nærliggende trussel foreligger, vil heller ikke et forkjøpsangrep bli akseptert. Dette angrepet må isteden bli sett på som ulovlig.

Israel argumenterte for at det fantes en rett til preventivt selvforsvar. Sikkerhetsrådet kom ikke med noen klargjørende uttalelser på det området. Storbritannia og Sierra Leone sine representanter argumenterte med at kravene etter Caroline saken ikke var oppfylt, så de anså tydeligvis at det forligger en rett til preventivt selvforsvar i folkeretten.⁵⁶ Egypt og Mexicos representant mente at en slik rett ikke eksisterte i det hele tatt.⁵⁷

*"It's inadmissible to invoke the right of self-defence when no armed attack has taken place."*⁵⁸

Syria, Spania og Jugoslavia uttrykte også lignende.⁵⁹ USA fordømte handlingen siden de mente at Israel ikke hadde brukt alle fredelige metoder for å løse tvisten.⁶⁰

⁵⁶ Alexandrov, Self-Defense Against the Use of Force in International Law, s. 161

⁵⁷ Alexandrov, Self-Defense Against the Use of Force in International Law, s. 161

⁵⁸ Alexandrov, Self-Defense Against the Use of Force in International Law, s. 161

⁵⁹ UN Doc. S/PV.2282-88.

Det at dette angrepet ikke ble godkjent av verdenssamfunnet er en klar indikasjon på at et angrep som hadde fulgt den amerikanske doktrinen heller ikke kan bli godkjent. Også der er konseptet at en angriper på et så tidlig tidspunkt at trusselen ikke har manifestert seg.

3.4.3 Cubakrisen, 1962

22. oktober, 1962 bestemte USA seg for å stoppe, og gjennomføre alle skip på vei til Cuba. Dagen etter fikk de støtte av Organisation of American States (OAS). USA mente at Sovjetunionen forsøkte å bygge opp rakettutskytningsbaser for atomvåpen der. I et brev til Sikkerhetsrådet av 22. oktober 1962 anså Cuba dette som en krigshandling. Sovjetunionen støttet dette i et utsagn 23 oktober. I Sikkerhetsrådet argumenterte USAs ambassadør Adlai Stevenson for USAs rett til å handle preventivt. Om utplasseringen av atomvåpen på Cuba sier han *"... clearly a threat to the western hemisphere. And when it thus upsets the precarious balance in the world, it is a threat to the whole world."* Han argumenterte altså i praksis for at utplasseringen kunne bli sett på som en *"imminent threat"* og at USA hadde rett til å handle i selvforsvar. USA begrunnet likevel ikke blokaden i artikkel 51, men i en regionale traktat, the Rio treaty.

Støtten til de to fraksjonene ble regulert av skillelinjene i *"den kalde krigen"*. I forhold til reglene om selvforsvar ble det diskutert om dette i det hele tatt kunne bli sett på som en nærliggende trussel. Argumentet var at atomvåpen hadde forandret begrepet om hva som kunne bli sett på som en trussel mot freden, siden Sovjetunionen nå kunne treffe USA med atomvåpen i løpet av minutter. USA så på dette som så uheldig at de også planla et angrep for å ødelegge basene. En kan spørre seg om slike argumenter ikke kunne fyrt rett tilbake på USA. USA hadde en rekke atomvåpen utplassert i Europa og Tyrkia på den tiden, som relativt raskt kunne nå Sovjetunionen. Det bør imidlertid poengteres at utplasseringen av atomvåpen på Cuba ble sett på som en endring av maktbalansen mellom stormaktene.

⁶⁰ SC 2288.

Enkelte forfattere hevder at grunnen til at USA ikke hevdet en utvidet rett til preventivt selvforsvar var på grunn av frykten for at reglene da skulle uthules.⁶¹ ” *...evidence of recognition of the dangers inherent in relying upon a claim to the right of self-defense going beyond the Charter text.*” Cubakrisen kunne da bli brukt mot USA i andre lignende scenarioer. I en tid med en meget følsom maktbalanse mellom Vesten og Østblokken ønsket man heller å bevare de reglene som fantes, selv om de kanskje ikke var så effektive i praksis.

Statspraksis før 11. september 2001 tyder altså ikke på at USAs doktrine faller innenfor rammene av folkeretten. Reaksjonene etter Seksdagerskrigen mellom Israel og the United Arab Republic tyder på at det forelå en nærliggende trussel mot Israel. Her faller altså doktrinen igjennom. Det er i hvert fall ingen tvil om at seksdagerskrigen ligger mye nærmere hva som er tillatt enn den amerikanske doktrinen.

4 Har doktrinen om ”pre-emptive self-defence” blitt anvendt i praksis?

4.1 Invasjonen av Irak, 2003

19. mars 2003 invaderte en USA ledet koalisjon Irak. Koalisjonen baserte sitt angrep på tidligere resolusjoner fra Sikkerhetsrådet. Det hersker likevel stor tvil om disse resolusjonene, spesielt resolusjon 678 ga fullmakt til å angripe Irak. Det skal ikke behandles her. Et av argumentene for å invadere var å komme et angrep fra Irak i forkjøpet siden USA hevdet at landet utviklet masseødeleggende våpen. Frykten var at Irak enten skulle angripe Israel med disse våpnene, eller formidle slike våpen til terrorister som igjen kunne bruke disse mot USA og deres interesser. Både USA og Storbritannia trodde blant annet at Irak hadde lagre av, og mulighet til å lage slike våpen. I et notat av 17. mars 2003 fra det britiske utenriksdepartementet heter det ” that Iraq’s possession of weapons of mass destruction (WMD) constitutes a threat to international peace and security.”

⁶¹ Richard Falk, Miriam Shapiro

Følger man USA sin strategiske plan, er det klart at siden USA trodde at Irak var en trussel, var det helt på sin plass å gå inn og eliminere denne trusselen. Teoretikeren John Yoo har argumentert for at artikkel 51 innebar en rett til å angripe Irak. Han mener at artikkel 51 må tolkes på bakgrunn av masseødeleggelsesvåpen, terrorisme og såkalte kjeltring stater (rogue states) slik som USAs doktrine går inn for.

*” Factors to be considered should now include the probability of an attack; the likelihood that this probability will increase, and therefore the need to take advantage of a limited window of opportunity; whether diplomatic alternatives are practical; and the magnitude of the harm that could result from the threat...”*⁶²

Han mener at hvis man anvender denne testen på koalisjonens angrep på Irak, var det rettmessig. En må i tilfelle analysere hvor stor sjanse det var for at Irak skulle angripe et av sine naboland, eller ved hjelp av terrorister angripe amerikanske interesser, og om denne sannsynligheten ville øke hvis en ikke foretok seg noe. Dette er det vanskelig å uttale seg om, men det fortøner seg som om det ikke forelå noen overhengende fare for slike angrep, og at muligheten for å handle ikke begrenset seg til en spesifikk tid. USAs militære og teknologiske overtak over Irak var så stort at de kunne svart på et angrep fra Irak meget raskt. Derfor må det også ha vært nok av tid til å få til en diplomatisk løsning.

Irak angrepet var en naturlig følge av USAs doktrine om preventivt selvforsvar, og følger man denne doktrinen, fortøner angrepet seg som rettmessig, en fjerner en potensiell trussel før denne trusselen har fått tid til å materialisere seg. Angrepet var også proporsjonalt hvis en følger doktrinen, siden angrepet fjernet Iraks mulighet for å bruke masseødeleggelsesvåpen, og fjernet den største kilden til usikkerhet i regionen, Saddam Hussein. Problemet med argumentet er at det har vist seg at Irak verken hadde masseødeleggelsesvåpen eller samarbeidet med Al Qaida. USA tok feil om de faktiske omstendighetene. Dette viser det feilslåtte i doktrinen om *”pre-emptive self-defence.”* Det blir uakseptabelt stort rom for feilmarginer, og en vilkårlighet over angrepene. Det er vanskelig å argumentere for en utvidelse av reglene om preventivt selvforsvar når en ser hvor feil den virker i praksis.

⁶² Dominic McGoldrick, From 9-11 to the Iraq War 2003. s. 70

*”USAs doktrine om såkalte forebyggende militære angrep forutsetter sterk avhengighet av pålitelig etterretning. Jeg kan ikke si at det er veldig beroligende i lys av det som hendte i Irak”*⁶³

Det er mulig å hevde at Irak angrepet var lovlig på grunn av artikkel 62 i Wienkonvensjonen om traktater. Denne bestemmelsen sier at en stat kan trekke seg fra, eller terminere en multilateral traktat ved en *”fundamental change of circumstances”*, eller på norsk bristende forutsetninger. Dette er den såkalte rebus sic stantibus doktrinen. Siden FN systemet ikke har klart å ordne opp i Irak konflikten kan det hevdes at dette utgjør bristende forutsetninger som gjør at FN pakten må settes til side. Poenget er at når FN ikke selv klarer å ordne opp når Irak bryter forpliktelsene den har til organisasjonen, kan dette tilsi at en stat får lov til å selv handle for å få forpliktelsene innfridd, på grunn av bristende forutsetninger. Dette ville da tilsi at en kunne sette tilside artikkel 51 og dens begrensninger på selvforsvarsretten. For at dette skal tillates må for det første disse forutsetningene ha vært essensielle for at en stat signerte traktaten, jamfør artikkel 62 (a), For det andre må denne forandringen radikalt ha transformert pliktene staten har under denne trakten, altså FN pakten, jamfør 62 (b)

For å ta stilling til et sånt argument må en se på hvorfor og når FN pakten ble laget. Denne pakten ble laget rett etter krigen for å hindre at verden igjen havnet i en verdenskrig. Den ble laget på grunnlag av den største trusselen verden hadde sett til da, nazi-Tyskland. Spørsmålet er da om denne nye trusselen, terrorisme, kan overgå den trusselen FN pakten ble bygget på. Dette må den gjøre for at en skal kunne sette pakten til side. Det er liten tvil om at trusselen fra nazi-Tyskland overgår den trusselen verden nå møter fra terrorisme. 2. verdenskrig var en krig som krevde millioner av liv, mens den nye trusselen fra terrorister ikke foreløpig er i nærheten av å være like omfattende. Det kan derfor ikke sies at det foreligger bristende forutsetninger som gjør at traktaten kan settes til side. Forutsetningene for at USA underskrev traktaten kan vanskelig sies å ha endret seg dramatisk siden 1945, og pliktene etter FN pakten er heller ikke transformert.

⁶³ Hans Blix, Aftenposten 12/2 2004

Det er interessant at tidligere utenriksminister Colin Powell kaller begrunnelsen for dette angrepet en skamplett på sitt rulleblad.⁶⁴ Powell la i Sikkerhetsrådet frem bevisene for at Irak hadde masseødelegglesesvåpen. Disse bevisene, som ble brukt for å rettferdiggjøre angrepet på Irak, viste seg senere å være uriktige. Powell mener også at han aldri har sett noen forbindelse mellom terroristgruppen Al Qaida og Irak. Dette var en av de andre grunnene til at USA skulle angripe, og Bush administrasjonen hevder stadig at det forelå en slik forbindelse. Her setter også Powell store spørsmålsteget ved USAs strategi for forkjøpsangrep.

Ruth Wedgwood mener også at USAs angrep på Irak var riktig. “... *a given regime might have a record of conduct so irresponsible and links to terrorist groups so troubling that the acquisition of WMD capability amounts to an unreasonable danger that cannot be abided.*”⁶⁵ Hun sammenligner videre Iraksituasjonen med Cubakrisen. I følge henne var det ikke sammenfall mellom lovligheten av USAs preventive strategi under Cubakrisen, som hun mener det var tvilsomt om var lovlig etter folkeretten, og det internasjonale samfunnets aksept av denne strategien, som hun mener ble stort sett akseptert. Det er vanskelig å akseptere et slikt argument siden Irak krigen på ingen måte ble akseptert av verdenssamfunnet slik som USAs strategi under Cubakrisen ble. Uansett så faller også hennes argument på det faktum at Irak ikke hadde masseødelegglesesvåpen eller en kobling med Al Qaida. Richard Gardner avviser sammenligningen med Cubakrisen siden USA der valgte å ikke strekke begrepet om preventivt selvforsvar, nettopp for ikke å åpne for de store implikasjonene dette kunne ha for USA selv, eller som han kaller det, å åpne Pandoras eske.⁶⁶

Tom Franck mener at dette angrepet ikke passer inn under vilkåret om ”imminence.”⁶⁷ Han får følge av Richard Falk.

*“The facts did not support the case for preemption, as there were neither imminence nor necessity.”*⁶⁸

⁶⁴ Harald Stanghelle, Aftenposten, 12/9

⁶⁵ Dominick McGoldrick, From the 9-11 to the Iraq War 2003. s. 70

⁶⁶ Dominick McGoldrick, From the 9-11 to the Iraq War 2003. s. 71

⁶⁷ Thomas Franck, What happens now? The United Nations after Iraq, AJIL 607-611

⁶⁸ Dominick McGoldrick, From the 9-11 to the Iraq War 2003 s. 73

Franck mener videre at siden FNs våpeninspektører like før angrepet hadde tilgang til å gjennomføre Irak for masseødeleggelsesvåpen, med full støtte av Sikkerhetsrådet, og ikke fant noe som tilsa at det forelå en umiddelbar trussel for angrep, strider angrepet mot kravet om umiddelbarhet.⁶⁹ Faktum er at veldig få andre land enn USA og Storbritannia kjøpte argumentet om at det fantes masseødeleggelsesvåpen i Irak, eller en forbindelse mellom Irak og Al Quida.⁷⁰

Det fortøner seg som USA med dette angrepet på Irak har fulgt opp doktrinen sin om preventivt selvforsvar. Dokumentet kan vel i utgangspunktet kun kalles en politisk erklæring, men når den nå har blitt fulgt opp i praksis, kan den til en viss grad sees på som USAs syn på adgangen til preventivt selvforsvar selv om USA også hadde andre begrunnelser for sitt angrep. Det at USA selv ikke bruker denne doktrinen som grunnlag for å begrunne sitt angrep, kan tyde på at selv de ikke er helt sikre på at de vil at dette skal være en folkerettslig regel. USA vil altså ha en adgang til å handle i selvforsvar også i tilfeller der det ikke er tilstrekkelig nærhet til det angrepet som er ventet. Dette vil som belyst ovenfor sende reglene om bruk av makt i folkeretten bakover med syvmilssteg, et tilfelle av den sterkeste rett. Angrepet på Irak kan tolkes som at USA ikke anser seg bundet av FN paktens og dens system lenger.⁷¹ Spørsmålet er om ikke USA selv er bedre tjent med en mer restriktiv fortolkning av retten. Som Miriam Shapiro sier:

*"The existing rules are more helpful to, than constraining of, US interests. Foresaking them will make it harder to invoke them against others."*⁷²

Det finnes flere grunner til at det eksisterende FN systemet kan fungere bedre for USA. For det første blir internasjonal terrorisme fordømt av de aller fleste stater. Det er derfor stor sannsynlighet for at USA ved tilfeller av terrorangrep kan få støtte av Sikkerhetsrådet gjennom FN paktens kapittel 7, til effektive tiltak mot de som står bak disse angrepene.⁷³ For det andre fremstår FN systemet som et utmerket sted til å bygge en koalisjon for å forebygge internasjonal terrorisme. Der kan det fremlegges bevis for

⁶⁹ Thomas Franck, What Happens Now?, The United Nations after Iraq, AJIL 2003, 611

⁷⁰, s 616

⁷¹ Thomas Franck, What Happens Now?, The United Nations after Iraq, AJIL 2003, s 617

⁷² Dominick McGoldrick, From the 9-11 to the Iraq War 2003 s.72

⁷³ Charney, The Use of Force and International Terrorism, AMJL s. 837

hvem som står bak udådene og bevis for nye terrorplaner. Der får også stater muligheten til å stille seg bak FN systemet istedenfor USA, noe som ofte kan være heldig for dem.⁷⁴ Det at en isteden har dannet en koalisjon basert på hemmelige avtaler og politiske utsagn kan føre til at det blir vanskelig å få til den langsiktige motstanden mot terrorisme som FN systemet kunne fått til.

”If international terrorist have a coherent goal, it is to undermine this system- an objective the United States is perhaps unwittingly promoting by it’s actions”⁷⁵

FNs generalsekretær Kofi Annan har også kritisert denne formen for forkjøpsangrep. Slike angrep kan sette presedens for unilateral og lovløs bruk av makt også av andre, med eller uten legitim grunn, mener han.⁷⁶ Han mener videre at når enkelte land velger å gå lenger en det retten til selvforsvar tilsier, har det alltid tidligere vært en klar forutsetning at en går gjennom FN systemet. Det at en ikke gikk gjennom FN før Irak angrepet, mener han er en fundamental trussel mot det fundamentet verdens fred og stabilitet har hvilt på de siste 58 årene.

4.2 Invasjonen av Afghanistan

7. oktober 2001 startet ”Operation Enduring Freedom” i Afghanistan. Den var et svar på angrepene på World Trade Center 9. september 2001. Målet var å hindre at Afghanistan fortsatt skulle bli brukt til en base og tilfluktsted for terrorister. Både USA og Storbritannia hevdet de handlet i individuelt og kollektivt selvforsvar etter artikkel 51 i FN pakten. I et brev til Sikkerhetsrådet utdypet USA hensikten med angrepet.

”In response to these attacks and in accordance with the inherent right of individual and collective self-defence, United States armed forces have initiated actions designed to prevent and deter further attacks on the United States”⁷⁷

Storbritannia hadde en tilsvarende begrunnelse.

⁷⁴ Charney, The Use of Force and International Terrorism, AMJL s. 837

⁷⁵ Charney, The Use of Force and International Terrorism, AMJL s. 838

⁷⁶ Kristin Nilsen, Aftenposten, 24/9 2003

⁷⁷ FN dokument S/2001/946

” These forces have been employed in exercise of the inherent right of individual and collective self-defence, recognized in Article 51, following the terrorist outrage of 11. September, to avert the continuing threat of attacks from the same source.”⁷⁸

Landene begrunnet begge angrepet med preventive hensyn, for å hindre nye angrep. Eller som Christine Gray sier

”These are claims to preventive and deterrent actions which before 9/11 would have been regarded by many as unlawful reprisals rather than lawful self-defence, but even these wide claims were limited by the fact that there had been an actual attack.”⁷⁹

Før 9. september var det bare USA og Israel som eksplisitt hevdet en rett til å bruke makt mot terrorister som hadde angrepet deres interesser i utlandet. Selv om lovligheten av dette angrepet var høyst usikker, fikk de to statene bred støtte for sitt angrep. En rekke stater deltok også etter hvert med støtte til koalisjonen, også Norge. Irak og Iran var de eneste landene som utfordret lovligheten av angrepet. I Resolusjon 1368 av 12. september 2001, der angrepet på World Trade Center ble fordømt, ble retten til selvforsvar eksplisitt nevnt. Også i Resolusjon 1373 ble retten til individuelt og kollektivt selvforsvar nevnt. For første gang noensinne ble selvforsvar mot terrorisme godkjent av Sikkerhetsrådet og av store deler av verdenssamfunnet.

Dette kan virke som en stor utvidelse av retten til selvforsvar etter artikkel 51, og kan kanskje allerede sees på som sedvanerett. Den går mye lengre en mange staters tidligere syn på selvforsvarsretten. Angrepet utvider begrepet *”armed attack occurs”* i artikkel 51. Artikkel 51 er en artikkel om selvforsvar mot angrep fra andre stater, ikke terrorister. Her oppstilles altså en regel om rett til forkjøpsangrep ved terrorisme. Resolusjonen gir grønt lys for en rett til å angripe land hvor terrorister oppholder seg, selv om dette landet ikke er ansvarlig for angrepet, men har latt terrorister bruke landet som base. Dette angrepet kan også sees på som et forkjøpsangrep. Dette sier landene selv i sin begrunnelse for å gå til aksjon, som nevnt ovenfor. Det opprinnelige angrepet, terrorangrepet på World Trade Center var for lengst avsluttet. Det kan likevel sies at

⁷⁸ FN document S/2001/947

⁷⁹ Catherine Gray, *International Law and the Use of force*, s 171.

trusselen som sto bak dette angrepet fortsatt var reell, og at dette derfor også kan tolkes som en forsvarende handling etter artikkel 51. USA sier selv at de gikk til angrep for å forhindre nye angrep, og Storbritannia gikk til angrep ”*to avert the continuing threat from the same source.*” Denne begrunnelsen gjør også at angrepet skiller seg fra en ulovlig represalie. Denne reglen kan innskrenkes noe siden det for en rekke land var en forutsetning at Sikkerhetsrådet godkjente angrepet. Både Resolusjon 1368 og 1373 godkjente en slik form for selvforsvar. Regelen må også innskrenkes ved at den bare gjelder for terrorisme.

Spørsmålet er så om dette angrepet også overholdt reglene om nødvendighet og proporsjonalitet. Operasjon Enduring Freedom holdt på i flere måneder, og USA har flere ganger sagt at krigen mot terrorisme kan pågå i flere år, og pågår fortsatt. Nå kan det sies at en krig mot terrorisme er noe det Bush ledede USA bruker som et markedsføringsverktøy, men likevel blir det vanskeligere å godta at dette er innenfor proposjonalitetsbegrensningen når krigen pågår over lengre tid. Når det gjelder nødvendigheten, må denne vurderes ut i fra hvor effektiv denne krigen er for forebygging av terrorisme. Blir det mer internasjonal terrorisme av maktbruken, er det vanskelig å hevde at dette er nødvendig. Poenget må være at for at slike angrep skal være lovlig, må de ha en effekt, minske antall terroristangrep.

Christine Gray mener at angrepet på Afghanistan kan tolkes på to meget forskjellige måter.⁸⁰ Den første, og moderate tolkningen, er at selvforsvar kan tillates der det har forekommet et stort terroristangrep mot en stats territorium. Videre at faren er overhengende for nye globale angrep, at motangrepet blir begrenset til å bare ramme de ansvarlige for angrepet og den staten som har støttet disse, og at angrepet er godkjent av FNs sikkerhetsråd. Den meget vidtgående og kontroversielle tolkningen er at en stat nå er fri til å angripe ved enhver form for terrorisme, uten klarering fra Sikkerhetsrådet, også i tilfeller der staten de angriper ikke har noe ansvar for terroristangrepet.

Den moderate tolkningen av hvordan en kan se på dette angrepet virker mest overbevisende. Det viktige er her at slike angrep er sanksjonert av Sikkerhetsrådet. Bare med en godkjennelse av nevnte organ kan en sikre seg den legitimitet en trenger for å utføre så omfattende ødeleggelse. Denne utviklingen er støttet av det

⁸⁰ Catherine Gray, International Law and the Use of force s.

internasjonale samfunnet, mener Judith Gardam. "...the reaction of the international community to these events were generally positive, which provides evidence of a shift that appears likely to continue in the governing legal principles in relation to State-sponsored terrorist activities."⁸¹

5 Konklusjon

Det er som nevnt ovenfor stor uenighet om hvor langt retten til selvforsvar går, og om en preventiv form for selvforsvar i det hele tatt er lov. Selv om ordlyden i artikkel 51 og rettspraksis peker mot en restriktiv fortolkning av retten, kan det ikke underslås at det i praksis har blitt godkjent tilfeller av preventivt selvforsvar. En rett til preventivt selvforsvar er som nevnt ovenfor heller ikke behandlet på en utførlig måte i rettspraksis ennå. Det store spørsmålet er om hvor langt en kan utvide uttrykket "*armed attack occurs*." Praksis kan tyde på at dette uttrykket kan utvides til å gjelde tilfeller der faren for et angrep er overhengende og at et flertall av stater har akseptert dette. Det at et flertall av stater ikke fordømte Israels preventive selvforsvar under seksdagerskrigen tyder også på dette. Problemet er å lage en generell regel om i hvilke situasjoner preventivt selvforsvar skal være lovlig. Det virker som aksepten for preventive angrep er større der en med tilnærmet sikkerhet kan si at et angrep kom til å skje. Stater har vanskeligere for å svelge tilfeller der det er uklart om den aktuelle situasjonen faktisk var prekær.

På denne måten blir spørsmålet om preventivt selvforsvar skal tillattes et spørsmål som må besvares etter at den aktuelle situasjonen har skjedd. Verdenssamfunnet gjør seg opp en mening om dette på bakgrunn av den aktuelle situasjonen, og om det preventive angrepet fortøner seg rettferdig. Det er derfor nesten umulig å sette opp en generell regel for hvilke situasjoner dette kan aksepteres i. Problemet er at de tilfellene av preventivt selvforsvar som har blitt akseptert, har alltid blitt godkjent etter at handlingen har skjedd. En kan si at tilfeller av preventivt selvforsvar først får sin legitimitet når tiden har vist at angrepet var nødvendig. Dette ligger litt i det preventive selvforsvarets natur. En kan ikke annonsere at en har tenkt å angripe siden det ikke ville være taktisk lurt i forhold til fienden. Det som er viktig er at FN systemet fortsatt opprettholdes. Straks det preventive angrepet har skjedd må FN få muligheten til å

⁸¹ Judith Gardam, *Necessity, Proportionality and the Use of force by States*, s

gjøre det som skal til for å få til fred og sikkerhet. Det er viktig at FN kan stå som en garantist for at retten til selvforsvar ikke blir misbrukt, og kan fordømme angrep der en slik rett ikke var til stede. FN systemet må opprettholdes da dette systemet per dags dato, er det eneste som kan begrense bruken av makt i internasjonale relasjoner. Det er likevel ingen tvil om at det må vises måtehold med preventive angrep, og derfor kan reglene om nødvendighet, proporsjonalitet og nærliggende trussel være retningslinjer for tilfeller der preventivt selvforsvar kan aksepteres.

”In the case of anticipatory self-defence, it is more judicious to consider such action as legally prohibited, while admittedly knowing that there may be cases where breaches of the prohibition may be justified on moral and political grounds and the community will eventually condone them or mete out lenient condemnation.”⁸²

Når det gjelder denne avhandlingens hovedtema, USAs doktrine om preventivt selvforsvar, står det for meg som rimelig klart at denne ligger et stykke utenfor selv en meget utvidende tolkning av retten til selvforsvar. Det er ingen tvil om at USA setter tilside reglene om selvforsvar for å ivareta sine egne interesser. Doktrinen vil utvide kravet om overhengende fare og nødvendighet så langt at det ikke lenger blir noen oversiktighet over reglene. Siden doktrinen forutsetter at en kan sette inn det forsvarende angrepet på et så tidlig tidspunkt, vil som nevnt også kravet om proporsjonalitet bli helt umulig å oppfylle. Skulle denne doktrinen blitt til folkerett, ville den sette FN systemet helt til side. De siste femti årene har FN systemet vist seg å ha en rekke svakheter, men USAs doktrine ville ført til en verden hvor det var hver mann for seg selv. Doktrinen er egosentrisk utformet og ville ført til at et forum som FN ble totalt irrelevant i konflikter mellom land.

⁸² Cassese, International Law, s. 311

- Alexandrov, A (1996) Self-Defense Against the Use of Force in International Law
- Dinstein, Y (1994) War, Aggression and Self-Defence,
- Alfsen, EM, Ellingsen, L, Natvig, B (1997) Begynnelsen til slutten på atomvåpnene?
- Harris, DJ (2004) Cases and Materials on International Law,
- Franck, T (2004) Recourse to Force, State Action Against Threats and Armed Attacks,
- Gray, C (2004) International Law and the Use of Force,
- McGoldrick, D (2004) From 9-11 to the Iraq War 2003,
- Gardam, J (2004) Necessity, Proportionality and the Use of Force by States,
- Brownlie, I (1963) Use of force by states
- Shaw, MN (1997) International Law,
- Ruud, M, Ulfstein, G, Fauchald, OK (1997) Utvalgte emner i folkerett,
- Cassese, A (2005) International Law